Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

einen kleinen Theil des Objects, unſtatthaft erſcheinen: per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erat. Denn welcher vernünftige Menſch wird, bei einem Wege aus einem Theile der Stadt in den andern ſeinen Fiacker mehrere Tage und Nächte lang auf ſich warten laſſen wollen? Der Kutſcher mußte daher vermuthen, daß etwas Beſonderes vorgefallen ſey. Er mußte nach Verlauf einiger Stunden, und nach vergeblich gehaltener Nachfrage in dem Hauſe, wo der Engländer hineingegangen war, zu Hauſe fahren. So aber handelte er nicht bona fide, ſondern wollte offenbar nur die Gelegenheit ergreifen, den Fremden tüchtig zu prellen.

Zum Beſchluß verdient noch der Grundſatz des römiſchen Rechts einer Erwähnung, daß gegen die exceptio doli keine replicatio doli Statt findet, und zwar aus dem vernünftigen Grunde, weil, wenn beide Theile unredlich gehandelt haben, keinem daraus ein Recht erwächſet, die richterliche Hülfe in Anſpruch zu nehmen, woraus dann weiter folgt, daß derjenige am beſten wegkommt, welcher im Beſitze iſt, und der richterlichen Hülfe nicht bedarf, alſo der Beklagte. L. 4. §. 13. D. de dol. mal. exc. — Doch iſt dies nur von der exc. doli specialis zu verſtehen, nicht von der allgemeinen. Vgl. l. 35. D. de pact.

XXI.

Beiträge zum Waſſerrechte.

Von Herrn Dr. Funke, Advokaten in Chemnitz.

Nachdem der im vorigen Hefte dieſes Archivs abgedruckte Aufſatz ſchon an die Redaktion deſſelben abgeſendet war, erſchien des Herrn Dr. Carl Fridrich Günthers Quaestionum de jure aquarum specimen. II. III. et IV., als eben ſo viele Programme. Die in derſelben aufgeſtellten An-

sichten weichen im Wesentlichen zum großen Theile von den meinigen ab. Es wird daher nicht ohne Interesse seyn, wenn ich mir erlaube, die Hauptgrundsätze des Herrn Dr. Günthers zusammenzufassen, und mit einigen Bemerkungen zu begleiten.

1.

Ueber den Unterschied zwischen flumen publicum und privatum, und rivus des römischen Rechts sind unsere Ansichten im Wesentlichen conform. Dagegen bestreitet Herr Dr. Günther die Anwendbarkeit der Bestimmungen des römischen Rechts über flumina publica, weil dasselbe in den das öffentliche Recht betreffenden Punkten nie recipirt worden sey. Er nimmt daher an, daß, da nach deutschem Recht die größeren, d. h. die schiffbaren Flüsse in der Regel, und wo nicht ein anderes hergebracht oder gesetzlich bestimmt wäre, zu den Regalien gehörten, die kleinern in dubio als Privatflüsse anzusehen wären. Die nähern Gründe für diese Ansicht hat jedoch Herr Dr. Günther nicht entwickelt, indem derselbe vielmehr nach diesen vorläufigen Bemerkungen auf das hier nicht zu beachtende sächsische Recht [1]) übergeht. Auch ich begnüge mich daher, mich wegen meiner abweichenden Grundsätze auf meine Abhandlung zu beziehen, und bemerke nur, daß ich keinen Grund sehe, warum den Bestimmungen des römischen Rechts über die flumina publica die Anwendbarkeit abzusprechen seyn sollte, da sie eines Theils weder aus der römischen Staatsverfassung hervorgegangen, noch mit der unsrigen, nach welchem nur die für Eigenthum des Staats erklärten Flüsse diesem angehören, unvereinbar sind, und andern

1) Bei Erörterung dieses Rechts bemerkt Herr D. Günther, daß, da in Sachsen gewisse Flüsse für öffentliche erklärt, und im Uebrigen das Vorhandenseyn von Privatflüssen außer den Bächen anerkannt sey, alle nicht öffentliche für Privatflüsse zu achten seyen. Und dieser Grundsatz ist allerdings auch allgemein anwendbar.

Theils nicht nur der Natur der Flüſſe, ſondern auch den Grundſätzen des Sachſenſpiegels entſprechen. Doch gebe ich gern zu, daß eine ſolche Anwendung nur ſelten wird Statt finden können, weil wohl in den meiſten Ländern, wo ſonſt gemeines Recht gilt, die nicht im Staatseigenthume befindlichen Flüſſe für Privatflüſſe anerkannt ſind.

2.

Nicht minder abweichend von den meinigen ſind die des Herrn Dr. Günthers Anſichten über die rechtlichen Verhältniſſe der Privatflüſſe und der Quellwaſſer; und hierbei erlaube ich mir länger zu verweilen, da ſie näher durchgeführt, aber meiner Ueberzeugung nach durchaus unhaltbar ſind.

Die Anſicht des Herrn Dr. Günthers ſelbſt iſt im Weſentlichen folgende.

Sowohl nach allgemeinen Rechtsprincipien, als auch nach beſondern geſetzlichen Beſtimmungen, ſey anzunehmen, daß die Privatflüſſe und Bäche an ſich im vollen Eigenthum ſeyen. Dies gehe ſchon daraus hervor, daß die rivi in der l. 1. §. 1. 2. und 5. D. de flumina. (43. 12.) als Gegenſatz von den fluminibus publicis behandelt würden, folge aber auch daraus, daß man die servitus aquaeductus ex fontibus habe einräumen können (z. B. nach der l. 4. D. de aq. quotid. (43. 20.) und daß ein ſolches abzuleitendes Waſſer nach l. 1. §. 5. eodem und l. unic. §. 4. D. de fonte (43. 22.) auch aqua perennis habe ſeyn müſſen, die Ableitung aber nach l. 9. D. de serv. rust. (8. 3.) nicht blos ex capite fontis und ſomit auch ex rivo habe geſchehen können, und beſtätige ſich theils durch den in der l. 1. §. 2. D. d. flumin. (43. 12.) aufgeſtellten Grundſatz: flumen privatum nil differre a ceteris locis privatis, theils dadurch, daß aqua viva nach der l. 11. pr. D. quod vi aut clam (43. 24.), als portio agri bezeichnet werde, theils endlich dadurch, daß die l. 1. §. 11. und 21. D. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3.) das Regenwaſſer auf ſeinem Grund und Boden zurückzuhalten erlaube,

und die l. 9. §. 2. eod. ein flumen oder torrens abzuleiten geſtatte, wenn dies nur nicht in der Abſicht zu ſchaden, geſchehe, da die actio aquae pluviae arcendae nach der l. 1. §. 15. 16. und 18. keineswegs blos auf Regenwaſſer zu beſchränken ſey. Die Meinung derer aber, welche die Flüſſe und Bäche als ein Gemeingut betrachteten, (hauptſächlich Bülow und Hagemann) hätten, da ſie eine Ausnahme von dieſen allgemeinen Grundſätzen ſtatuirten, des Beweiſes bedurft, und dieſer werde durch die von ihnen für dieſe Meinung angeführten Geſetze keineswegs begründet. Denn es beriefen ſich dieſelben beſonders auf l. 2. C. de l. Aquil. (3. 5.) auf die l. 8. D. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3.) und auf die l. 7. C. de servit. et aq. (3. 34.). Allein aus der erſten Geſetzſtelle ließe ſich nichts abnehmen, als daß das Waſſer nicht dürfe injuria derivari, nicht aber gehe daraus hervor, wenn dies mit Recht oder mit Unrecht geſchehe; die zweite handle klar von der servitus aquae und aus der dritten gehe, wenn man auch davon abſtrahiren wollte, daß die Erwähnung des Procuratoris sc. Caesaris auf das beſondere Verhältniß der öffentlichen Waſſerleitungen hindeute — doch keineswegs hervor, daß an ſich das Eigenthum und der Gebrauch des Privatwaſſers beſchränkt geweſen ſey, indem die darin ausgeſprochene Beſchränkung vielmehr auf den Zeitlauf geſtützt ſey. Allein wäre auch an ſich nach römiſchem Recht das Eigenthum an allen Gewäſſern, die nicht öffentliche Flüſſe wären, ein unbeſchränktes: ſo begründe doch der, lange Zeit hindurch beſtanden habende Abfluß des Waſſers eine geſetzliche Beſchränkung dieſes Eigenthums. Solche Beſchränkungen fänden im römiſchen Rechte zum Beſten der Grundſtücke mehrfach, und namentlich rückſichtlich des fließenden Waſſers ſtatt, bei welchen das lange Beſtehen, die vetustas des Umlaufes, beſonders wenn ſie memoriam excedat eine Norm für die Grundſtücksbeſitzer bilde, und gleichſam ein Servituten-Verhältniß begründe, obſchon keine wahre Servitut entſtehe, weil dieſe Erwerbung erfordere. Dies bewieſen l. 3. §. 4. D. de

aq. quotid. (43. 20.) l. 2. l. 26. l. 1. §. ult. D. de aq. et aq. pluv. (39 3.) l. 28. D. de probat. (22. 3.). Doch ließen die Pandekten eine solche Beschränkung nur alsdann eintreten, wenn es darauf ankomme, dem Nachbar einen Schaden abzuwenden, wie aus der l. 1. §. 1. und §. 21. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3) und aus der l. 2. §. 9. eod. hervorgehe. Der Codex dagegen lasse diese Beschränkung auch zum Vortheil des Nachbars Platz greifen, wie die erwähnte l. 7. Cod. de serv. et aq. und besonders auch l. 6. eod. bewiese, die offenbar von einer Privatquelle handle, und so zu verstehen sey, daß der Eigenthümer eine solche zwar benuzzen dürfe, jedoch nicht contra statutam consuetudinis formam. Daher stehe auch die l. 21. D. de aq. et aq. pluv. arc. nicht entgegen, da diese die Adern einer auf des Nachbars Grundstück hervorbrechenden Quelle, nicht aber einen durch mehrere Grundstücke statuta consuetudine forma geflossenen Wasserlauf voraussetze. Jetzt sey aber zu Begründung einer solchen Gewohnheit nicht der Ablauf einer unvordenklichen Zeit nöthig, sondern es reiche eine 30jährige hin, zumal da der Codex die Hauptnorm abgebe, und eine unvordenkliche Zeit nicht erfordere. Der Umfang der Beschränkung sey nach Analogie der Gesetze über die aquaeductus, und öffentlichen Flüsse und aus der Natur der Sache zu beurtheilen, und beziehe sich hauptsächlich auf die Wassermenge, in welcher Hinsicht man im Wesentlichen von dem Grundsatze auszugehen habe, daß wenn ein Fluß oder Bach zeither fließend gewesen sey, und der obere Grundstücksbesitzer nicht alles Wasser zurückgehalten habe, er dann den niederen einen ihrem Antheile am Flusse angemessenen Theil ablassen müßte, und daß dieser Antheil am richtigsten nach der Länge des Ufers zu bestimmen sey, so daß jedem nach diesem Verhältniß eine Quote vom Wasser gebühre.

Dies ist im Wesentlichen die Ansicht des Herrn Dr. Günthers.

Man sieht, sie weicht besonders darin von der meinigen ab, daß sie den bloßen Ablauf des Wassers als rechtsbegründend ansieht, wenn er eine gewisse Zeit hindurch bestanden hat, und daß sie die Beschränkung des Eigenthums an Privatflüssen und Bächen nur aus diesem Grunde, und somit aus einem andern, als ich, statuirt. Allein ich gestehe, daß mir diese Theorie weder der Natur der Sache angemessen zu seyn, noch den allgemeinen Rechtsprincipien zu entsprechen, noch durch die besonders dafür angezogenen Gesetze gerechtfertigt zu werden scheint. Denn daß sie

1) der Natur der Sache entgegen ist, dafür spricht

a) schon der Umstand, daß kein Unterschied zwischen dem Abfluß eines bloßen Quellwassers und dem Laufe eines Flusses gemacht ist, obschon es sich wohl nicht verkennen läßt, daß die Natur der Sache im Wesentlichen verschiedenes Verhältniß begründet. Denn da die Bäche und Flüsse ein natürliches Ganze bilden, das sich nicht, wie der Grund und Boden, in für sich abgeschlossene Theile zerstückeln läßt, weil sich dessen Bestandtheile von außen her stets erneuern und nie dieselben bleiben, und da das Zurückhalten des Flußwassers in den meisten Fällen sogar als eine absolute Unmöglichkeit erscheint, zumal für einen einzelnen Grundstücksbesitzer, und bei größern Flüssen, die doch auch zu den Privatflüssen gehören sollen; so kann man wohl nicht umhin, eine Disposition über die Flüsse und Bäche, in so weit sie diesen natürlichen Verhältnissen entgegenstrebt, als unvereinbar mit der Natur derselben, und somit auch ein unbeschränktes Eigenthum als widernatürlich zu erklären.

b) erscheint die Annahme eines unbeschränkten Eigenthums an Flüssen und Bächen, wenn dies nur unter der Voraussetzung bestehen soll, daß nicht das Wasser lange Zeit hindurch abgelaufen ist, auch in sofern als unvereinbar mit deren Natur, als dieselben ja doch präsumtiv unstreitig schon lange Zeit bestanden hatten, als die angränzenden Grundstücke ins Eigenthum übergingen, und somit eine Erwerbung des unbe-

ſchränkten Eigenthums an den Flüſſen und Bächen gar nicht würden haben Statt finden können.

c) würde es nicht nur in der Regel und beſonders bei größeren Flüſſen, factiſch und rechtlich geradezu unmöglich ſeyn, den Quotenantheil der jedem angränzenden Grundſtücksbeſitzer am Fluſſe gebühren ſoll, auszumitteln, ſondern es würde auch die Uferlänge allein einen richtigen Maaßſtab für dieſen Antheil ſchon deshalb nicht abgeben können, weil die zunehmende Größe der Flüſſe und Bäche hiernach unberückſichtigt bliebe, und es würde der Fluß, wenn jeder angränzende Grundſtücksbeſitzer ſein Recht in vollem Maaße ausüben wollte, was ihm doch freiſtehen müßte, verſchwinden.

2) iſt dieſe Theorie aber auch unvereinbar mit den allgemeinen Principien des Rechts. Denn

a) ſteht dieſelbe in offenbarem Widerſtreit mit dem Grundſatze, daß Eigenthumsrechte per non usum nicht verloren gehen; und

b) müßte doch, wenn die consuetudo und die vetustas Norm ſeyn ſollen, der bisherige Gebrauch auch den Maasſtab für die Beſchränkung des Eigenthums abgeben, nach Analogie des Grundſatzes: quantum possessum tantum praescriptum. Nach jener Theorie aber ſoll ja darauf, ob ein Flußnachbar mehr oder weniger benutzt hat, nichts ankommen, ſondern das Recht auf Quotenantheil begründet ſeyn, wenn nur das Waſſer fließend geweſen iſt.

3) vermögen aber auch die Geſetze, auf welche dieſe Theorie geſtützt iſt, dieſelbe nicht zu rechtfertigen. Denn

a) laſſen ſich die Stellen, aus welchen hervorgehen ſoll, daß an ſich den angränzenden Grundſtücksbeſitzern das unbeſchränkte Eigenthum am Flußwaſſer zuſtehe, auf Flüſſe ſchon deshalb nicht beziehen, weil dieſe nach römiſchem Recht ohne Ausnahme publici juris waren. Es laſſen ſich aber dieſelben auch eben ſo wenig auf Bäche beziehen. Denn wenn man auch die servitus aquae ducendae ex fonte ableiten dürfte, ſobald aqua perennis darin enthalten war, ſo läßt

ſich doch hieraus kein Schluß auf das Eigenthum von Bächen und Flüſſen ziehen, da beide ganz verſchiedener Natur ſind, und das perenne ſich nur anf den ununterbrochenen Ablauf des Quellwaſſers und die causa perpetua der Servituten bezieht; wenn es auch geſtattet geweſen ſeyn ſollte, eine ſolche Servitut aus einem rivus zuzugeſtehen [2]), und wenn auch die rivi als verſchieden von den fluminibus publicis dargeſtellt werden, ſo läßt ſich doch hieraus um ſo weniger auf ein volles unbeſchränktes Eigenthum der Bäche ſchließen, als dies an ſich der Natur der Sache nicht angemeſſen ſeyn würde; wenn Ulpian ſagt: privatum flumen nil differre a ceteris locis privatis, ſo bezieht ſich ja dieſer Grundſatz auf flumen privatum im römiſcher Sinne, alſo nicht auf eigentliche Flüſſe und Bäche, ſondern auf ſolches Waſſer, quod hieme fluit im Gegenſatze von dem quod perenne fluit; und wenn derſelbe aquam vivam als portio agri bezeichnet, ſo geht dies ja nur auf Quellwaſſer, da in der diesfallſigen Stelle von dem Waſſer eines puteus die Rede iſt; wenn endlich die Stellen aus dem Titel der Pandekten de aqua et aquae pluviae arcendae das Zurückhalten und Ableiten des Waſſers geſtatten, ſo können hieraus keine Grundſätze für die Theorie von den Flüſſen und Bächen entnommen werden, weil ſie ſich ſämmtlich einzig und allein auf das Regenwaſſer beziehen; denn die l. 1. §. 11. u. 21. handelt ausdrücklich vom Regenwaſſer, und die Ausdrücke flumen, torrens in der l. 9. §. 1. ſind ebenfalls von nichts anderem als von einem Zuſammenfluß von Regenwaſſer zu verſtehen, wie der Zuſammenhang mit der actio a. pl. arc., die Vergleichung mit der l. 1. §. 23. eod., wo von magnis fluminibus die Rede iſt, welche durch aggeres und fossas abgeleitet würden, und der Ausdruck

2) Die l. 9. D. de serv. rust., aus welchem dies hervorgehen ſoll, kann freilich, ſtreng genommen, nur auf den Ablauf eines Quellwaſſers bezogen werden, da ſie urſprünglich nur von einer Quelle, fons, handelt.

torrens als Gegenſatz von aqua perennis nach l. 1. §. 2. D. de flumin. (43. 12.) unverkennbar lehrt. Und wenn auch die actio aquae pluviae arcendae nach l. 1. §. 15. 16. und 18. h. t. zugleich auf das durch Regen angeſchwellte Waſſer gehen ſoll: ſo iſt doch der Grund immer das Regenwaſſer, und ſomit läßt ſich auch hieraus eine Ausdehnung jener Beſtimmungen auf anderes als Regenwaſſer nicht rechtfertigen.

b) läßt ſich aus keinem der Geſetze, welche Herr Dr. Günther für ſich anführt, abnehmen, daß der längere Zeit hindurch beſtandene Ablauf vom Quellwaſſer ein Recht auf deſſen ferneres Beſtehen für den Beſitzer des niedern Grundſtücks begründe, und eben ſo wenig, daß bei Bächen und Flüſſen das längere Beſtehen des Laufes allein es ſey, welcher ein ſolches Recht für den niedern Grundſtücksbeſitzer erzeuge. Denn wenn es in der l. 3. §. 4. D. de aq. quotid. et aestiv. (43. 20.) heißt: ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur, und in der l. 26. de aqua et aq. pluv. arc. (39. 3.) Scaevola respondit non solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tam etsi jus non probaretur; ſo iſt in der That nicht einzuſehen, womit man die Beziehung dieſer Stellen auf Bäche und Flüſſe rechtfertigen will. Denn nicht nur, daß man unter aquae ductus an ſich unmöglich etwas anderes als Waſſerleitungen, aqua, quae ducitur, verſtehen kann, — da dieſe Worte im römiſchen Recht unzählige Male in dieſer Bedeutung und nie in einer andern vorkommen — eine Behauptung, die keines Beweiſes bedarf — es läßt ſich ja auch bei der erſteren aus deren Stellung im Titel de aqua quotid. et aestiva, in welchem ausſchließlich von der servitus aquae ducendae die Rede iſt, und aus dem Inhalte des Fragments, aus welchem ſie entlehnt iſt, das ausdrücklich nur von der servitus aqua ducendae handelt, und bei beiden aus einer Vergleichung unter ſich und mit andern Stellen unbeſtreitbar abnehmen, daß ſie nur allein auf die Conſtituirung der ser-

vitus aquae ducendae durch die bloße, eine gewiſſe Zeit hindurch fortgeſetzte Ableitung zu beziehen ſeyen. Namentlich beſtätigt ſich dies aus der l. 10. D. si servit. vind. (8. 5.), welche ſo lautet: si quis diuturno usu vel longa quasi possessione *jus aquae ducendae* nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo; sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi non clam non precario. Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua oritur, vel per cujus fundum *ducitur*, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam ducere impediunt, exemplo *ceterarum servitutum*. Denn daß in dieſem Geſetze von der servitus aquae ducendae die Rede ſey, läßt ſich nicht bezweifeln, und ganz auf gleiche Weiſe handeln ja auch jene beiden Geſetzſtellen von dem Beſtehen der aquae ductus ohne den Beweis, daß ſie jure constituti ſeyen, und daß in jenem vom diuturnus usus, in dieſen von den vetustas und vom Beſtehen des memoria excessit die Rede iſt. Dies allein berechtigt jedoch nicht, eine beſondere Vorſchrift in dieſen Geſetzſtellen zu ſuchen. Denn nicht nur wird in keiner derſelben geſagt, daß die vetustas und ein Beſitzſtand, memoriam excedens, erforderlich ſey, indem ſie vielmehr nur den Satz aufſtellen, daß ein ductus aquae, der ſo lange beſtanden habe, geſchützt werde, nicht nur bezieht ſich der Ausdruck vetustas, wie nachher näher nachgewieſen werden ſoll, immer nur auf Vorrichtungen, die mit dem Waſſerlaufe in Verbindung ſtehen, nicht auf dieſen ſelbſt; es erklärt ſich auch aus der Geſchichte der Servituten-Verjährung, warum Pompejus und Scaevola, von denen jene Geſetzſtellen herrühren, ſich gerade dieſer Ausdrücke bedienen, da, wenn auch die zehn-, und zwanzigſte Präſcriptionszeit ſchon eingeführt war [3]), dieſe

3) L. 76. §. 1. D. de contr. emt. vend. vergl. mit Paul. Sent. Recept. lib. V. tit. 2. §. 3.

doch ſo wenig als die eigentliche Präſcription ſelbſt auf die Servituten angewendet worden zu ſeyn ſcheint, obſchon man lange beſtandene Verhältniſſe dieſer Art ſchützte [4]).

Wenn es dagegen in der l. 2. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3.) heißt: in summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit; lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur minuendarum scilicet litium causa, und §. 1. apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, nec memoriam extare, quanda facta est, hanc inferior vicinus non purgabat, sic fiebat, ut ex restagantione ejus aqua fundo nostro noceret? Dicit Labeo, aquae pluviae arcendae cum inferiore agi posse: ut aut ipse reficeret aut te pateretur in pristinum statum eam redigere; und l. 1. §. ult. D. eodem. Ait — (Labeo) conditionibus agrorum quasdam leges esse dictas" cet. „Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine veluti jure impositam servitutem videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus: eritque ista quasi servitus. In quam rem utilem actionem habemus vel interdictum; ſo läßt ſich das vetustatem legis vicem tenere in dieſen beiden Geſetzen durchaus auf nichts anderes beziehen, als auf das Verhältniß nachbarlicher Grundſtücke rückſichtlich der Verbindlichkeit des niedern vom obern, den natürlichen Ablauf des Waſſers aufzunehmen, und auf die Verbindlichkeit beider, von Alters her beſtehende Vorrichtungen — Gräben oder Aufwürfe — wodurch dieſer Ablauf eine gewiſſe Direction erhalten hat, beſtehen zu laſſen. Schon der Inhalt ſelbſt läßt nicht daran zweifeln. Denn der Eingang der l. 2. de

4) Man vergl. Glück Pand. Band 9. S. 116. u. ff.

aqua et aq. pluv. arc. (39. 3.) zeigt ja klar, daß in dieſem Fragment nur vom Einfluß der vetustas auf das dienende Verhältniß des niedern Grundſtücks — tria sunt, per quae inferior locus superiori *servit* — die Rede ſey. Der darauf folgende Paragraph handelt von einem Graben, welchen der Beſitzer des niedern Grundſtücks auf Verlangen des obern reinigen oder reinigen laſſen ſoll [5]; und der letzte Paragraph vom erſten Fragment dieſes Titels ſtellt ganz conform mit dem zweiten Fragment den Grundſatz auf, daß es drei Normen gebe, nach welchen das niedrigere Grundſtück dem obern rückſichtlich des Waſſerablaufes diene, Uebereinkunft (lex) die natürliche Lage, und die vetustas, welche gleichſam eine Servitut begründe, ſo wie dieſe für conſtituirt erachtet werde, wenn ſie lange ausgeübt worden ſey. Aber auch der Zuſammenhang dieſer Stellen mit der actio aquae pluviae arcendae würde wenigſtens rückſichtlich des Waſſerlaufs keine andere Deutung zulaſſen, da dieſe Klage, nach klarer Vorſchrift der Geſetze, nie gegen den Statt finden ſoll, der den Abfluß des Waſſers zurückhielt [6]. Ließe ſich aber auch wirklich die Anwendbarkeit dieſer Stellen auf Flüſſe und Bäche an ſich rechtfertigen; ſo müßte ihr doch immer der Umſtand entgegenſtehen, daß die vetustas, als Norm, ſich weder in dieſen Stellen noch in ſonſt einer andern auf den natürlichen Ablauf des Waſſers bezieht, ſondern immer nur auf ein, obſchon vielleicht mit dieſem in Verbindung ſtehendes opus manufactum. Denn nicht nur, daß in den Stellen, wo der vetustas Werth beigelegt wird, nur immer entweder ausdrücklich von einer ſolchen und namentlich von einer fossa

5) Da in dieſer Stelle und in mehrern andern dieſes Titels, beſonders im 2ten Fragmente, die vetustas beſonders mit einer fossa in Verbindung gebracht iſt: ſo ließ es ſich wohl auch rechtfertigen, die ductus aquae der l. 26. eod. auf einen ſolchen Graben, und nicht auf eine eigenthümliche Waſſerleitungs-Servitut zu beziehen.

6) L. 1. §. 11. u. 21. de act. aq. pluv. arc. (39. 3.).

oder einem agger [7]) die Rede iſt, oder wenigſtens von einem Servituten-Verhältniß [8]), das immer ein erwerbendes factum vorausſetzt; es wird dieſelbe auch, wie wir bereits geſehen haben, als eine von dem natürlichen Verhältniß verſchiedene Norm bezeichnet [9]), und ſelbſt als direkter Gegenſatz von dieſem behandelt [10]). Wenn daher der vetustas, namentlich rückſichtlich des Waſſerablaufes, eine normirende Kraft in den angeführten Stellen beigelegt iſt: ſo bezieht ſich dieſe nicht einmal auf den Waſſerablauf ſelbſt, ſondern auf eine mit dieſem in Verbindung ſtehende Vorrichtung, und ſtets nur auf die nachbarlichen Grundſtücke; wie ſollte ſie auf den natürlichen Lauf der Flüſſe und Bäche angewendet werden können, von denen ganz offenbar in keiner jener Stellen die Rede iſt? Kann aber eine ſolche Anwendung an ſich nicht Statt finden, ſo kann auch der Umſtand die Anwendbarkeit nicht herbeiführen, daß die actio aquae pluv. arc. nicht blos auf das reine Regenwaſſer, ſondern auch auf ein durch Regenwaſſer angeſchwollenes Waſſer Anwendung leiden ſoll [11]).

7) Z. B. l. 1. §. 23. l. 2. §. 1. 3. 4. 5. 7. 8. l. 23. l. 26. eod. l. 3. §. 4. D. de aq. quotid. (43. 20.).

8) L. 1. §. 23. eod. l. 11. C. de fund. patrim. (11. 61.) l. 7. C. de fund. rei privat. (11. 67.) l. 10. D. si serv. vind. (8. 5.).

9) L. 1. §. 23. l. 2. D. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3.).

10) L. 2. §. 5. eod.

11) L. 1. §. 15. und 16. eod. Uebrigens bleibt doch auch hier rückſichtlich der act. a. pl. arc. das Regenwaſſer immer die Hauptſache. Dies beſagt nicht nur dieſe Stelle, ſondern auch der Eingang dieſes Fragments und der ganze Titel. Wenn daher die l. 1. §. 18. eod., aus welcher Herr Dr. Günther die Anwendbarkeit der act. a. p. a. auf Quellwaſſer und Bäche rechtfertigen will, dieſe Klage auf ein aqua oriens in publico Anwendung leiden läßt, ſo muß man, (wenn man nicht dieſe Stelle, wie unſtreitig richtig iſt, auf ein Waſſer beziehen will, das ſich auf einem öffentlichen Platze geſammelt hat, worauf auch ſchon das avertat in dieſem Geſetze klar hindeutet,) doch ſicher wenigſtens annehmen, daß blos von der Vergrößerung des Waſſers durch Regen die Rede ſey.

Wenn übrigens die durch die vetustas begründete Norm in der angeführten l. 1. §. ult. D. de aq. et aquae pluv. arc. nur als *quasi* servitus bezeichnet wird, ſo liegt der Grund hiervon ſehr natürlich darin, daß dem Zeitablauf zwar ein Einfluß zugeſtanden iſt, das dabei vorausgeſetzte opus aber, wie ſich aus den angeführten Stellen klar ergibt, keineswegs ein ſolches ſeyn ſoll und muß, welches vom Berechtigten auf dem dienenden Grundſtücke angelegt iſt, ſondern eben ſo gut ein von des letzteren Beſitzer ſelbſt errichtetes, oder auf dem berechtigten Grundſtück befindliches oder ſelbſt ein natürliches Werk ſeyn kann [12]).

Daß endlich die l. 7. C. de serv. et aquae (3. 34.) nicht auf das flieſſende Waſſer in Bächen, ſondern auf eine servitus aquae ducendae zu beziehen ſey, und daß die l. 6. C. eod. von dem Beſtehen des Waſſerablaufes gar nicht handele, glaube ich in meiner Abhandlung ſchon nachgewieſen zu haben, und ich habe um ſo weniger etwas hinzuzufügen, als Herr Dr. Günther die erſtere Stelle, ohne nähere Gründe anzuführen, überhaupt auf fließendes Waſſer bezieht, und als es nur zu klar am Tage liegt, daß deſſen Erklärung der letztern Stelle den Worten derſelben nicht untergelegt werden kann. Denn nicht nur, daß dieſes Geſetz wenigſtens ſicher nicht auf Flüſſe und Bäche bezogen werden kann, da es nur vom Quellwaſſer handelt; es laſſen ſich auch die Worte: contra statutam consuetudinis formam nicht auf eine Verbindlichkeit, das Quellwaſſer ferner ablaufen zu laſſen, beziehen, da von einer ſolchen Verbindlichkeit gar nicht die Rede iſt, ſondern es vielmehr heißt: Praeses non permittet te carere usu aquae contra statutam consuetudinis formam, und ſomit der Sinn kein anderer ſeyn kann, als daß der Praeses nicht erlauben werde, daß Priscus, an den das Reſcript gerichtet iſt, ſein Quellwaſſer gegen den bisherigen Brauch entbehre. Ein Schluß e contrario aber dahin: daß,

12) L. 2. §. 2. 3. 4. und 5. eod.

da der Eigenthümer des Quellwaſſers daſſelbe contra statutam formam nicht entbehren ſolle, derſelbe es würde haben laufen laſſen müſſen, wenn er es bisher nicht ſelbſt benutzt gehabt hätte, würde ſich um ſo weniger rechtfertigen laſſen, als der Grund der Entſcheidung überhaupt darauf geſtützt iſt, daß es grauſam ſey, einem Grundſtücksbeſitzer ſein Quellwaſſer zu entziehen, keineswegs aber auf die statuta consuetudinis forma.

Dies nun ſind die Geſetze, auf welche Herr Dr. Günther ſeine Anſicht gebaut hat. Ich aber glaube dargethan zu haben, daß ſie keineswegs auf den natürlichen Waſſerablauf in Flüſſen, Bächen und aus Quellen bezogen werden können, daher denn auch der Unterſchied von ſelbſt als ungegründet verſchwindet, der in dieſer Hinſicht zwiſchen den Pandekten und dem Codex Statt finden ſollte. Schon dieſer vermeintliche Unterſchied übrigens mußte zu der Ueberzeugung führen, daß in den diesfallſigen Stellen der Pandekten, die ſich ſämmtlich auf die actio aquae pluv. arc. beziehen, und denen des Codex die von der Waſſerleitungs-Servitut handeln, ein verſchiedenes Verhältniß verhandelt werde, zumal da ja die Pandektenſtellen von Ulpian und Paulus herrühren, die des Codex aber, welche Herr Dr. Günther für die Hauptſtelle erklärt, die l. 6. C. de servitut. et aq. nämlich, vom Kaiſer Claudius abſtammt, und ſomit viel frühern Urſprungs als jene iſt. Auch iſt man ja doch unſtreitig um ſo weniger berechtigt, in jenen Geſetzen eine Theorie für die Flüſſe, Bäche zu ſuchen, als nicht nur flumen privatum im Gegenſatze von flumen publicum vielmehr ein nicht beſtändig fließendes Waſſer, rivus aber in der Regel eine Waſſerleitung bezeichnet [13]), ohne daß in den Titeln, die von den fluminibus handeln, in denen alſo die Lehre von

13) Dies beweiſen unzählige Stellen, z. B. außer dem Titel der Pandekten de rivis. (43. 21.) l. 16. D. quem serv. amitt. (8. 6) l. ult. D. de aq. quotid. (43. 20).

den Privatflüſſen zu ſuchen geweſen wäre, von dieſen die Rede iſt, ſondern auch wegen der kleinern fließenden Waſſer nicht eben viel Streitigkeiten vorkommen mochten, da die Römer, wie ich in meiner Abhandlung bereits angeführt habe, nur wenige Waſſerwerke außer den Waſſerleitungen haben mochten, dieſe aber, wenn ſie nicht aus öffentlichen Flüſſen Statt fanden, in der Regel wenigſtens wohl nur ex capite fontis veranſtaltet zu werden pflegten [14]) und ſo wie die Benutzung des vorbeifließenden Waſſers zu Wäſſerungen, den Bächen und Flüſſen doch wohl nicht leicht einen ſolchen Eintrag thaten, daß den niedern Grundſtücksbeſitzern nicht ausreichendes Waſſer zu ähnlichen Zwecken geblieben wäre.

XXII.

Einige Bemerkungen über das Erbrecht unehelicher Kinder in dem Vermögen ihrer Mutter und ihrer mütterlichen Aſcendenten und ſonſtigen Verwandten.

Mitgetheilt [1])
vom Herrn Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle.

Wiewohl es einem faſt allgemeinen Gerichtsgebrauche nach, ziemlich ausgemacht zu ſeyn ſcheint, daß den spuriis et vulgo quaesitis in Beziehung auf den Nachlaß ihrer Mutter und mütterlichen Aſcendenten, gleiche Succeſſionsrechte mit den legitimen Kindern beigelegt werden [2]), ſo iſt dieſer Grund-

14) L. 9. de serv. praed. rustic. (8. 3.)

1) Aus den Papieren eines ſehr talentvollen jungen Geſchäftsmannes; hin und wieder ergänzt und weiter ausgeführt.

2) Gaill. Observ. pract. L. 11. obs. 88. §. 20. Carpzov.